



SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES.

Medellín, once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Aprobado en la fecha, Acta/ **70.**

Radicado / **2020-00060.**

Fallo de Tutela de **Segunda Instancia /42.**

Magistrado Ponente: **César Augusto Rengifo Cuello.**

Decide la Sala la impugnación presentada por el señor **HUBER ALONSO ROLDAN ÁLZATE** contra el fallo de tutela proferido el quince (15) de julio de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Séptimo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de Medellín, a través del cual se negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad. Se vinculó al trámite constitucional a los inscritos para el empleo identificado con el código OPEC 39066 denominado profesional especializado, código 2028, grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF.

ANTECEDENTES.

Manifestó el accionante en su escrito de demanda que:

“(…) El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- y la Comisión Nacional del Servicio civil –CNSC- mediante acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar convocatoria pública número 433 de 2016. **El suscrito participó de dicha convocatoria para optar al cargo de profesional especializado Grado 17 código 2028 y código OPEC 39066.**

Agotadas las etapas del citado proceso de selección la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC- expidió la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018 por medio de la cual confirmó lista de elegibles para proveer el empleo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 de carrera administrativa de la planta global de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lista de elegibles de la cual hago parte. La Resolución referida en el hecho anterior quedó en firme el día 31 de julio de 2018 de acuerdo con la comunicación radicada bajo el número 20182230412331 del día 01 de agosto de 2018 por la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- y como consta en la Resolución 10710 del 17 de agosto de 2018. El día 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución No. 20182230156785, que revocó el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles de la convocatoria 433 de 2016, situación que impidió que el ICBF pudiera utilizar las listas de elegibles contenida en la Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018. Sexto. El gobierno nacional expidió el Decreto No. 1479 de 2017, “por el cual suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF”, creando 591 cargos permanentes, cuya denominación fue de Profesional especializado código 2028, grado 17, similares al que opté en la convocatoria 433 de 2016 y que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en la ley 909 de 2004.

El día 30 de junio de 2020 se le venció el plazo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF- para registrar las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 y respecto del registro

de elegible contenido en la Resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018. El día 01 de julio calendado me comunico telefónicamente con la Comisión Nacional del Servicio Civil y me informan que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- no ha dado respuesta al requerimiento y que por ello enviaron oficio al Director de Gestión Humana del ICBF radicado número 20202230498101.

El día 03 de julio de año que descuenta me comunico con la CNSC quienes refieren no tener respuesta y que me comunique directamente con el ICBF, quienes informan que me darán respuesta a mi solicitud en los términos de Ley, es decir dentro de los 15 días hábiles pero que debo tener en cuenta el decreto que extiende esos tiempos por lo que puede ser 30 días, dicha solicitud queda registrada con el radicado 1761978080". (Sic) (Negrita y Subrayas del Despacho).

Por ende, solicitó del juez constitucional (i) De manera inmediata cumplan lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles contenida en la resolución 20182020074485 del 18 de julio de 2018; (ii) Proceder con el nombramiento del señor **HUBER ALONSO ROLDÁN ALZATE**, identificado con cédula de ciudadanía 71.319.941 al cargo código **OPEC 39066**, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 17 del sistema general de carrera administrativa del ICBF en una de las 591 vacantes definitivas creadas por el Decreto 1479 de 2017, toda vez que participó en la convocatoria No. 433 de 2016, convocada por el ICBF y la CNSC, misma que deberá efectuarse en el lugar más cercano a su residencia y atendiendo el estricto orden de mérito y (iii) Expedir los actos administrativos de nombramiento y posesión de manera diligente y coordinada, dado que el término de vigencia de la lista de elegibles del concurso de méritos de la convocatoria 433/16, fenece el 31 de Julio del corriente año, sin que sea de recibo que, por trámites de orden burocrático, la expedición de los actos respectivos supere la fecha límite de su vigencia.

EL FALLO IMPUGNADO.

El Juzgado A quo en fallo del quince (15) de julio de dos mil veinte (2020), negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la (i) ausencia de elementos demostrativos que atestiguaran vulneración concreta de derechos fundamentales y (ii) Ruptura del principio de subsidiariedad de la acción constitucional.

LA IMPUGNACIÓN.

Notificado del contenido de la providencia, el **ACCIONANTE** impugnó la decisión, insistiendo en las inconformidades de la demanda y solicitó lo siguiente:

"(...) **Primer argumento.** El Despacho refiere que el suscrito cuenta con la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante la vía de los Contencioso Administrativo para hacer valer sus derechos, escenario en el que se puede analizar la presunta conculca de derechos de manera minuciosa y no a través de un proceso sumario como lo es la acción de Tutela, pues no se observa una

negativa injusta o amenaza inminente. **(menciona la Sentencia T-090 de 2013 Magistrado Ponente el Dr. Luis Ernesto Vargas Silva).**

El Despacho no considera la existencia de un perjuicio irremediable frente a la solicitud esgrimida por el suscrito al considerar que no puede conceder la pretensión y ordenar un nombramiento para un cargo que no se aplicó ni se cumplió los requisitos exigidos. En ese sentido, es importante referir que, efectivamente apliqué al cargo profesional especializado grado 17 código 2028 y cumplí los requisitos exigidos por la CNSC, a tal punto que ocupé el puesto 19 de la lista de elegibles como consta en Resolución No. 20182020074485 del 18 de julio de 2018. Si bien no ocupé el primer puesto, hago parte de la lista de elegibles, generando con ello una expectativa de derecho en relación a ocupar un cargo, que después de la expedición del Decreto No. 1479 de 2017 del gobierno nacional incrementó en 591 cargos permanentes. Ahora bien, la lista de elegibles del concurso de méritos de la convocatoria 433 de 2016 fenece el 31 de Julio del corriente año.

En ese sentido, no comprendo las razones por las cuales el Despacho considera que no existe la posibilidad de que se genere un perjuicio irremediable cuando muy posiblemente la mayoría de los 591 cargos creados estén siendo ocupados por personas que no participaron de la convocatoria para el cargo que apliqué, 3 profesional especializado grado 17 código 2028, y se desconozca una expectativa de derecho de quienes hacemos parte de la lista de elegibles al que se le debió realizar nombramiento en estricto orden de mérito.

Por otro lado, y no menos importante no es dable las apreciaciones en las que refieren que el suscrito no aplicó al cargo y mucho menos que no cumplió con los requisitos exigidos, pues se encuentra probado mediante documentos y afirmaciones de los accionados en el proceso de tutela que reposan en el escrito genitor, que en la convocatoria fueron previamente analizados los requisitos para optar al cargo, mismos que aparecen registrados en la plataforma SIMO al momento de la inscripción donde en el aplicativo sigue refiriendo que continuó en el proceso, pues sigo siendo parte de la lista de elegibles que fenece el 31 de Julio del corriente año.

Vale anotar que, la primera etapa del proceso refería exactamente al estudio del perfil del participante para determinar si continuaba o no en el proceso de la convocatoria, en tal caso cumplía y cumplo con mucho más de los requisitos referidos, pues soy licenciado en educación, abogado, especialista en gerencia y magister en lingüística, con artículo en materia de familia publicado en revista indexada y reconocimiento de trabajo de investigación meritorio en grado de maestría, por lo que no encuentro asidero por parte del ICBF y la CNSC al referir que no cumplo con los requisitos exigidos para el perfil y que el mismo sea avalado por el Despacho, pues de ser así, no hubiese pasado el primer filtro de la convocatoria y mucho menos haría parte de la lista de elegibles, en la que si bien no ocupe el primer puesto, ocupo un lugar privilegiado en relación con aquellos que no participaron de la convocatoria y hoy ocupan un puesto provisional dentro de los 591 cargos definitivos creados a nivel nacional. Así las cosas, si bien es cierto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la vía de lo Contencioso Administrativo, no es menos cierto que los solicitado a través de la acción de tutela busca efectivamente evitar un perjuicio irremediable, pues la lista de elegibles fenece el 31 de julio del presente año, enmarcándose con ello las subreglas referidas en sentencia proferida por la Corte Constitucional y tomar, entonces una decisión como mecanismo transitorio.

Segundo argumento. Refiere el Despacho que, en relación a la promulgación de la Ley 1960 del 2019 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, la aplicación 4 de una legislación que es promulgada y sancionada la ley no tiene carácter retroactivo.

Si bien es cierto lo referido por el Despacho, no puede dejarse de lado que la Convocatoria es la norma reguladora de los concursos de méritos y en caso de que la entidad organizadora incumpla las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, incurre en una violación del derecho fundamental al debido proceso que les asiste a los administrados participantes.

Finalmente, la jurisprudencia ha señalado que el derecho a acceder a un cargo público consiste en la prerrogativa que tiene toda persona de presentarse a concursar, luego de haber acreditado los requisitos previstos en la respectiva convocatoria, y, una vez superadas las etapas del concurso, a evitar que terceros restrinjan dicha opción.

Peticiones. De la manera más respetuosa solicito al a quo admitir el presente escrito de impugnación y remitirlo al superior jerárquico para que el señor Juez ad quem, declare en la decisión respectiva igual o de manera similar lo siguiente: **Primero. ADMITIR** el escrito que sustenta la presente impugnación al fallo del a quo, dentro de la acción de tutela del asunto referenciado. **Segundo. REVOCAR** la providencia 050 proferida el día quince (15) de julio del año calendado por el Juzgado Séptimo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento en el que decidió denegar por improcedente la acción de tutela presentada por el suscrito, y en su lugar, amparar los derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad. **Tercero: Conceder la protección de mis derechos fundamentales en los términos de las peticiones presentadas en el libelo principal de la tutela en el entendido que lo solicitado es al cargo profesional especializado grado 17 código 2028, Código OPEC 38941 y no al Código OPEC 39066 como se probó en el proceso genitor¹ (Sic) (Subrayas del Despacho).**

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política de Colombia y 37 del Decreto 2591 de 1991, esta Magistratura es competente para conocer de la presente acción, en segunda instancia, por la impugnación interpuesta.

En primer lugar, esta Corporación debe referirse a la disposición jurisprudencial respecto a la **procedencia de la solicitud de tutela para resolver controversias suscitadas en el desarrollo de un concurso de méritos cuando ya se conformó la lista de elegibles** de la siguiente manera:

“(…) La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que la acción de tutela es procedente frente a controversias originadas en concursos de méritos para la provisión de empleos públicos si el proceso de selección se encuentra en curso.

Específicamente, las diferentes secciones del Consejo de Estado establecen en sus sentencias que cuando la lista de elegibles se encuentra en firme crea situaciones jurídicas particulares y derechos ciertos, de manera que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para dejarlas sin efectos jurídicos, pues se podrían afectar derechos subjetivos y lo que corresponde es demandar dicho acto administrativo haciendo uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre el particular, en sentencia del 29 de noviembre de 2012, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que por regla general, la acción de tutela es improcedente “para controvertir las supuestas irregularidades acaecidas durante el trámite de un concurso de méritos, cuando en éste se ha conformado la lista de elegibles, porque es un acto susceptible de demandarse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que brinda el escenario idóneo para analizar la legalidad de la referida decisión”.

¹ Tutela Digital Tutela 2020 00060 (E) En Impugnación. Pdf Folio 131 A 137.

De esta manera, los jueces de tutela deben analizar si al momento en que se presentó la acción de tutela ya se había conformado la lista de elegibles o está a punto de proferirse como uno de los elementos dentro del estudio de procedencia.

Ejemplo de lo anterior es la sentencia del 8 de junio de 2010, en la que la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de una acción de tutela en la que accionante solicitó el amparo de sus derechos fundamentales “con ocasión de la calificación obtenida en la prueba de aptitud numérica dentro del concurso de méritos docentes abierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil y desarrollado por el ICFES” con el siguiente argumento:

“Ocurre que para la época en que la actora instauró la tutela ya el concurso del cual fue excluida había avanzado a otra fase e incluso finalizado, pues está publicada la lista de elegibles. Ante tal panorama de cosas la razón que permitía la viabilidad excepcional de la tutela ya no está presente y, por tanto, debido a que la afectada cuenta con otro medio de defensa ordinario, pertinente para enjuiciar la decisión de exclusión del concurso, el instrumento de protección constitucional se torna improcedente”.

(...) Por su parte, la Corte Constitucional se refirió a la procedencia de la acción de tutela en los casos en que se solicita la protección de derechos fundamentales ante controversias presentadas en concursos de méritos cuando ya existe lista de elegibles.

En la sentencia SU-913 de 2009, la Corte Constitucional analizó varias acciones de tutela en las que los actores, quienes participaron en el concurso de méritos para la provisión de cargos de notarios, solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales. La controversia giraba en torno al puntaje que otorgaba a la autoría de obras en derecho en la etapa de análisis de méritos y antecedentes, ya que en el marco de una acción popular interpuesta para la protección del derecho colectivo a la moralidad pública se adoptó una medida cautelar en la que se ordenó suspender provisionalmente el aparte final del numeral 11 del artículo 11 del Acuerdo 01 de 2006 que se refiere a “la certificación de la publicación expedida, por la imprenta o editorial respectiva junto con un ejemplar del libro publicado”.

Dentro de sus consideraciones, la Corte concluyó que las lista de elegibles “en tanto acto administrativo particular, concreto y positivo, es creador de derechos, los cuales encuentran protección legal por vía de la teoría de la estabilidad relativa del acto administrativo, así como protección constitucional por virtud del artículo 58”.

Para esta Sala, el requisito de subsidiariedad debe acreditarse teniendo en cuenta la situación existente al momento en que se interpuso la tutela. En el caso objeto de revisión, la acción de amparo se presentó el 18 de diciembre de 2017 y la sentencia de tutela fue proferida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira (Risaralda) el 2 de enero de 2018.

Así las cosas, esta Sala estima que la acción de amparo es procedente pues al momento en que se interpuso no existía lista de elegibles ya que esta solo se conformó mientras se adelantaba la revisión al interior de la Corte Constitucional. Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoce que la tutela procede pese a la existencia de lista de elegibles y que estas pueden ser modificadas en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales”². (Subrayas del Despacho).

CASO CONCRETO.

Confrontando este panorama jurisprudencial con la situación fáctica, tenemos que (i) La Convocatoria 433° de 2016 tuvo su inicio a través del **acuerdo N° CNSC-20161000001376 del cinco (05) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)**; (ii) En el artículo 10 del acuerdo en mención, se convocó para concurso abierto en el empleo denominado **(Profesional Especializado) Código 2028, Grado 17 OPEC 38941, consistente en 436 Vacantes**; (iii) Mediante Resolución No. **CNSC - 20182020051085** del veintidós (22) de mayo de dos mil dieciocho (2018) se conformó la lista de elegibles para proveer **una (1) vacante** del empleo identificado con el **Código OPEC No. 38941**, donde el accionante obtuvo el **puesto 19 con puntaje 55.76³**;

(iv) Mediante **Resolución No. 20182230156785 de veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)⁴**, fue revocado el artículo 4⁵ de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles de la convocatoria 433° de 2016, en este caso, la lista contenida en la **resolución 20182020051085 del OPEC 38941**.

(v) **Del sistema Banco Nacional de Listas de Elegibles⁶ – 2014** encontró esta Corporación la siguiente información de la lista de elegible **OPEC 38941** :

No. Acto Administrativo	Fecha del Acto Administrativo	Fecha de Publicación	Fecha de Firmeza	Fecha de Vencimiento
20182020051085	22/05/18	07/06/18	06/06/18	05/06/20

Contrario a lo manifestado por el accionante en su solicitud constitucional, la lista referida quedó en firme el día el **seis (06) de junio de dos mil dieciocho (2018)**.

(vi) Lo anterior representa que, **(A)** La lista de elegibles **20182020051085_5056_2018.p** del veintidós (22) de mayo de dos mil dieciocho (2018), **perdió su vigencia el día cinco (05) de junio de dos mil veinte (2020)**, esto, acorde al artículo 5° de la lista de elegible mencionada que reseña:

² Corte Constitucional Sentencia T-049 de 2019 M.P Cristina Pardo Schlesinger.

³ Tutela Digital Tutela 2020 00060 (E) En Impugnación. Pdf. Folio 12 a 14.

⁴ Tutela Digital Tutela 2020 00060 (E) En Impugnación. Pdf. Folio 19-43.

⁵ Artículo Cuarto. - Una vez las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.

⁶ Sistema
bnle<http://gestion.cnsc.gov.co/bnlelegibleslistas/faces/consultaweble.xhtml>.<https://www.cnsc.gov.co/index.php/listas-de-elegibles-433-de-2016-icbf>.

“(…) Artículo Quinto. - La Lista de Elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, en concordancia con el numeral 40 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004”.

Con esto se quiere decir que, hasta el día **cinco (05) de junio de dos mil veinte (2020)** el accionante poseía una mera expectativa en el nombramiento a los cargos ofertados en el concurso de mérito en el OPEC 38941, no obstante, acudió al trámite constitucional un mes después de la pérdida de vigencia de la lista como se pudo corroborar con **el acta de reparto de la tutela de primera instancia. (06 de julio de 2020)**⁷.

(B) Por otra parte, tal y como lo manifestó en **su momento el juez de primer grado, el medio de control de la nulidad y restablecimiento de derecho**, es el mecanismo idóneo para controvertir el acto administrativo 20182230156785 de veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) mediante el cual se revocó el artículo 4 de la lista de elegibles del **OPEC 38941**.

(vii) Acorde a lo anterior, el accionante acudió al trámite constitucional una vez perdió vigencia la lista donde ocupaba el **puesto 19 dentro el OPEC 38941**, lo anterior conlleva analizar el requisito de procedibilidad del trámite constitucional referido en la **sentencia T-049 de 2019**, debido a que el amparo **sólo es referente cuando se atestiguaba la configuración de una de las condiciones dentro del trámite constitucional, estas son: fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria o cuando su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales una vez en firme la lista.**

(viii) Del estudio de los elementos allegados al trámite constitucional e impugnación, no se observa proceder de las accionadas arbitrario ni violatorio de derecho fundamental alguno, en tanto está ceñido a la normatividad que rige la Convocatoria 433° de 2016;

(ix) Paralelamente a lo anterior, si el accionante pretende postularse para las vacantes creadas con el Decreto 1479 de 2017 debe radicar formalmente una petición ante la entidad competente.

(x) Ahora bien, del Contexto Fáctico se desprende en el **(Hecho Decimosegundo de la solicitud constitucional folio 6°)** que el accionante **HUBER ALONSO ROLDAN ÁLZATE** presentó postulación al ICBF, la cual quedó registrada con el radicado **1761978080**.

⁷ Tutela Digital Tutela 2020 00060 (E) En Impugnación. Pdf. Folio 2.

Acorde a lo anterior, esta Corporación se comunicó con el accionante ROLDAN ÁLZATE, el día nueve (09) de septiembre de dos mil veinte (2020), el cual informó que se había emitido una respuesta negativa a su pretensión, por tanto, no es necesario el amparo en ese aspecto.

(xi) En conclusión, ante la inexistencia de una conducta respecto de la cual se pueda efectuar el juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales⁸, se desprende la improcedencia del trámite, por tanto, la confirmación de la sentencia de primer grado.

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior De Medellín, Sala de Asuntos Penales para Adolescentes**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE.

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

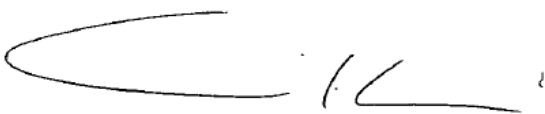
SEGUNDO: La Secretaría remitirá copia de lo actuado en sede de segunda instancia al despacho de origen para lo pertinente y el cuaderno original a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO



DARÍO HERNÁN NANCLARES VÉLEZ



FLOR ÁNGELA RUEDA ROJAS

⁸ “(...) El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991. Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión. Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela”.